Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 22 – maio/junho/julho - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# FEDERALISMO EM CRISE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO ENTRE ENTES FEDERATIVOS *

***Alexandre Santos de Aragão***

*Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor da Pós-graduação em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.*

## Introdução: a federação na constituição de 1988 e os antecedentes da crise de financiamento dos entes federativos

A Constituição de 1988, re-instauradora da democracia no Brasil, não poderia deixar de fazer com que os seus ventos de liberdade e descentralização também chegassem ao tão relevante tema da Federação, erigindo os Municípios à condição de Entes federados e fortalecendo a posição dos Estados-membros no arcabouço institucional da República. O seu objetivo foi o de fazer o nosso federalismo deixar de ser centralizador ou hegemônico para passar a ser um federalismo de equilíbrio.

Nas palavras de RAUL MACHADO HORTA, "a Constituição de 1988 restaurou as linhas fundamentais do federalismo constitucional brasileiro, assegurando o convívio entre o poder de organização dos Estados e os poderes da Federação, de modo a não sufocar a autonomia constitucional na pura transplantação normativa de regras da Constituição Federal e extinguir os poderes reservados na preordenação compulsória da Constituição total".[1]

---

* Para a elaboração do texto foram fundamentais os aportes trazidos pelos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro Luis Roberto Barroso e Geraldo Arruda Figueredo.

[1] HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Ed. Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1999, p. 368. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, em trabalho eloqüente pelo próprio título, *A Derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios*, *in* Temas de Direito Constitucional, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 144.

Todavia, como, infelizmente, não é raro acontecer, não houve identidade entre o programa idealizado pela Constituição de 1988 para a Federação e a sua operacionalização; e as tradições centralizadoras brasileiras, mais uma vez, fizeram-se sentir através das sucessivas e cada vez piores crises financeiras dos Estados-membros que, para continuarem a prestar os seus serviços essenciais, muitas vezes tiveram que aderir aos projetos políticos da União e com ela celebrar contratos abusivos, totalmente impensáveis em situações em que houvesse um mínimo de igualdade e liberdade entre as partes. Veja-se, por exemplo, os contratos de financiamento celebrados entre a União e os Estados-membros, os quais costumam prever que, em caso de inadimplemento do Estado, a União, além de bloquear o repasse dos créditos tributários do Estado, poderá se pagar unilateralmente com os *royalties* do petróleo a que o Estado faz jus e, pior ainda, "entrar" nas contas próprias do Estado para se satisfazer, tudo de acordo apenas com os seus próprios cálculos, sem qualquer oportunidade de defesa e sem qualquer salvaguarda, mínima que seja, para o atendimento dos demais compromissos legais e constitucionais do Estado.

Não é de hoje que LUÍS ROBERTO BARROSO observa que "a União pôde beneficiar-se do próprio controle sobre a política monetária, fiscal e da dívida pública, além de utilizar-se da ampla massa de recursos resultantes de certas poupanças compulsórias (como, e.g., PIS, PASEP, FAS, FGTS). Mas os Municípios e, sobretudo os Estados, desenvolveram uma crônica dependência de recursos alternativos aos que lhes resultavam da partilha constitucional de rendas. (..) O equilíbrio precário desse sistema que funcionava de modo distorcido rompeu-se, drasticamente, com o esgotamento da oferta de empréstimos externos e a escassez e o controle do crédito interno, notadamente o que provinha do governo federal. As contas públicas desandaram, Estados e Municípios deixaram de cumprir seus compromissos e generalizou-se a inadimplência do setor público."[2]

Focando a análise sobre contratos como os que constituem o objeto do presente estudo, o constitucionalista fluminense prossegue: "A situação de insolvência dos Estados levou-os a um abrangente processo de renegociação de suas dívidas, que vieram em grande parte a ser assumidas pela União Federal, mediante um amplo acordo que envolvia, além dos pagamentos ajustados, a adoção de determinadas políticas públicas. (...) Na prática, o que ocorreu foi que o Governo federal, diante da lastimável condição financeira dos Estados – todos eles renegociando suas dívidas com a intermediação da União –, dispôs de imenso poder de barganha para impor o seu projeto político e determinar as regras de ajustamento. E os Estados não tinham alternativa senão ceder às condições de repactuamento de suas obrigações ditado pela União."[3]

---

[2] BARROSO, Luís Roberto. *A Derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios*, *in* Temas de Direito Constitucional, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 146 e 147.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *A Derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios*, *in* Temas de Direito Constitucional, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 148 a 150, grifamos. Além disso, FRANCISCO BILAC M. PINTO FILHO denotou que "com a recente crise de solvabilidade de Estados e Municípios, o constituinte derivado implementou modificações constitucionais para os fins de poder perpetrar os planos de assunção, por parte da União Federal, das obrigações dos demais entes, desde que lhe fosse possível a 'retenção' de recursos de Estados e Municípios, cuja arrecadação ou administração estejam a ela incumbidos. Com tal propósito, o constituinte derivado promulgou a Emenda Constitucional de nº 19, em 13 de setembro de 2000, alterando a redação do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal" (*A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 208).

Também DALMO DE ABREU DALLARI, chamou a atenção para o fato de que a superioridade financeira da União "se agrava ainda mais quando o governo federal abusa de suas competências e coloca em plano absolutamente superior seus próprios objetivos, ignorando as exigências constitucionais relacionadas com o federalismo e impondo decisões que representam enorme constrangimento financeiro dos Estados e Municípios e acarretam, na realidade, uma situação de submissão e dependência, anulando a autonomia política implícita na organização federativa."[4]

É, portanto, sob a perspectiva do programa federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e da conjuntura em que o Estado do Rio de Janeiro se encontra, que essas cláusulas contratuais devem ser reputadas inconstitucionais ou, na melhor das hipóteses, deve ser reconhecida a necessidade de se interpretá-las conforme a Constituição, nunca nos olvidando que os valores constitucionais por elas contrastados – federação, devido processo legal,dignidade da pessoa humana e proporcionalidade – foram de tal maneira privilegiados pelo Constituinte que chegaram a ser erigidos em cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, Constituição Federal).

## 1. A auto-execução das dívidas pecuniárias do estado fere o devido processo legal

Os mecanismos de auto-execução da dívida do Estado constantes dos contratos de empréstimo celebrados com a União seriam, se levados ao extremo que pretende a União, de todo inconstitucionais por duplo fundamento: além de impor a auto-executoriedade de dívidas pecuniárias, o que é generalizadamente vedado no direito ocidental, tal auto-execução seria levada a cabo sem qualquer devido processo legal, contraditório ou ampla defesa do Estado, o que violaria o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e os direitos consignados no art. 3º da Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99.

Com efeito, referidos contratos costumam prever simplesmente que, em caso de inadimplemento, a União se pagará diretamente, de acordo com os seus próprios cálculos, com as receitas tributárias e *royalties* que deve repassar ao Estado e, até mesmo, com as receitas tributárias diretas, próprias do Estado. Para tanto, bastaria emitir um ofício para os respectivos bancos depositários, participantes dos contratos como "intervenientes" (*sic*), informando os valores que deseja que sejam pura e simplesmente transferidos para a sua conta.

A esse respeito, FRANCISCO BILAC M. PINTO FILHO afirma "que os contratos assinados entre os entes para que a União Federal pudesse reter os recursos estaduais e municipais, se não houvesse o adimplemento por parte destes, não estão imunes a

[4] Estudo consultado no *site* www.brasil.terravista.pt/magoito/2687/Dr. Dalmo de Abreu Dallari.htm, acessado em 31 de agosto de 2002.

críticas, nem mesmo a considerações de inconstitucionalidades. Tais retenções carregam a possibilidade da União Federal apurar, *motu proprio*, os créditos dos Estados e Municípios sem transparecer-lhes os critérios de apuração e atualização de ditos créditos, levando ao mecanismo dúvidas sobre a sua constitucionalidade, já que se suprime nesta mecânica o *devido processo legal* previsto constitucionalmente, e mais e principalmente, aplicável quando se referir a perdimento de bens por qualquer cidadão, quanto mais se diga para os entes públicos tão necessitados das rendas retidas."[5]

Remarcando estas assertivas, MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI afirma que, "para socorrer o pagamento de créditos de um ente político em relação a outro, a Constituição Federal estabeleceu o controvertido art. 160 e parágrafo único. Mas tal dispositivo não pode ter o sentido extensivo que lhe dá a União, quando se trata de satisfazer os seus créditos. Cumpre destacar que **(a)** equiparar a expressão constitucional *condicionar a entrega de recursos a compensação* fere o art. 1015 do Código Civil, que expressamente veda essa forma de extinção *com coisa não suscetível de penhora*, como receita pública; **(b)** finalmente, não importam os limites e a extensão da interpretação atribuída ao art. 160, é certo que ele não pode se referir a créditos unilateralmente apurados, atualizados, liqüidados e satisfeitos pelo próprio credor, sem que o Estado devedor possa, *pelo menos em procedimento administrativo, a que a Constituição assegura ampla defesa*, expor as justificações do inadimplemento, como força maior, onerosidade excessiva ou estado de necessidade."[6]

Nem mesmo o art. 167, § 4º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93, que admite a vinculação de receita para prestação de garantia à União, é suficiente para estear a interpretação pretendida pela União, já que vinculação de receita é tão somente a afetação anterior ao orçamento de receita a determinada finalidade, afetação esta que deve necessariamente ser acolhida pelo orçamento e executada de acordo com as normas de execução financeiro-orçamentárias ordinárias, não pelo acesso direto dos órgãos ou entidades virtualmente beneficiados à conta do Estado para obtenção dos "seus" recursos. Tanto é assim que o mesmo art. 167 da Constituição Federal prevê outras exceções à vedação de vinculação de receitas, por exemplo, para as instituições de ensino, sem que em nenhum momento se tenha pensado que a Constituição teria dado a tais entidades o poder de diretamente seqüestrar nas contas dos Entes públicos os valores a que, segundo o seu juízo, fariam jus.[7]

---

[5] FRANCISCO BILAC M. PINTO FILHO. *A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pp. 208 e 209.

[6] DERZI, Misabel De Abreu Machado. *Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito*, Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, nº 3, p. 26.

[7] Tanto é assim, que Ricardo Lobo Torres deixa bem claro que o Princípio da não afetação (e, naturalmente, suas exceções) são dirigidos ao legislador, não ao administrador (*apud* Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º vol., Tomo II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 345).

Na mesma senda, MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI entende que estes contratos, se assim forem interpretados, "confundem a possibilidade excepcional de vinculação da receita à despesa com as obrigações da dívida, autorizada no art. 167, IV, § 4º, da Constituição, com garantia real e seqüestro extrajudicial; autorizam, assim, conseqüente execução extrajudicial sumária, sem prévia notificação ao devedor, com formação, apuração, liqüidação e satisfação do crédito, exclusivamente pelo credor, sem sequer prévio procedimento administrativo, assentado no direito de ampla defesa e no devido processo legal; ofendem o art. 100, assim como os arts. 1º, 2º, 23, 24 § 4º, 25, 34, 60 § 4º, e 168, todos da Constituição Federal, causando graves e irreparáveis lesões, ferindo a autonomia do Estado e, em muitos casos, inviabilizando-o financeiramente, para privar milhões de brasileiros de serviços públicos essenciais."[8]

Além das inconstitucionalidades já apontadas, a interpretação adotada pela União representaria ainda uma simulação de intervenção federal no Estado,[9] uma intervenção por vias transversas: os contratos estariam servindo como substitutivo do regular processo de intervenção federal constitucionalmente previsto, para que a União, de fato, por interesse próprio, entrasse – se investisse – na administração das contas bancárias de titularidade do Estado, para praticar os atos de pagamento dos seus créditos, em flagrante fraude à Constituição e violação aos Princípios da Moralidade e Finalidade (art. 37, *caput*, Constituição Federal), uma vez que a intervenção não estaria sendo utilizada para quaisquer das finalidades previstas na Constituição, mas sim para a satisfação dos créditos pecuniários da própria Entidade interventora, sequer deduzidos em juízo.

E mais, admite-se, com limitações, a auto-executoriedade dos atos da Administração Pública,[10] mas em nosso Direito (e em praticamente todos os demais países civilizados) é vedada a auto-executoriedade de créditos pecuniários do Estado, e isto por uma série de razões, a ver: (a) a auto-executoriedade, quando admitida, visa, na clássica distinção de Renato Alessi, ao atendimento do interesse público primário – concernente às necessidades coletivas materiais –, não ao interesse público secundário – relativo aos interesses instrumentais, notadamente pecuniários, do Poder Público em si;[11] (b) o ordenamento jurídico prevê um processo judicial específico para o Poder

[8] DERZI, Misabel De Abreu Machado. *Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito*, Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, nº 3, p. 28, os grifos são nossos. Há de ser alertado que, como a União não pode invocar o art. 167, § 4º da Constituição Federal para fundamentar tais contratos, os mecanismos de cobrança neles previstos estariam, a rigor, à disposição de qualquer parte com a qual o Estado celebrasse um contrato, bastando para tanto, que com isto concordasse, o que deitaria por terra todo o sistema constitucional de processamento orçamentário das dívidas públicas.

[9] "Simulação é o disfarce, o simulacro, a imitação, a aparência, o arremedo, ou qualquer prática que se afasta da realidade ou da verdade, no desejo de mostrar ou de fazer crer coisa diversa" (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 18ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 759).

[10] Como expõe SABINO CASSESE, ao contrário do *privilège du préalable* (possibilidade de a Administração Pública impor unilateralmente os seus atos), a auto-executoriedade não possui caráter geral, só sendo admitida em três casos: previsão expressa da lei, urgência do interesse público primário ou quando materialmente não haja outro meio para a execução do ato (*Trattato di Diritto Amministrativo*, Diritto Amministrativo Generale-Tomo Primo, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 59).

[11] BARROSO, Luís Roberto. Impossibilidade de auto-execução dos créditos do Poder Público sem intervenção do Judiciário. Dever de Motivação dos Atos Administrativos Restritivos de Direitos, in *Temas*

Público executar seus créditos pecuniários – a execução fiscal –, e, para o caso do devedor também ser Poder Público, a execução contra a Fazenda Pública; (c) o Poder Público pode até ter urgência ou estado de necessidade pública na obtenção de determinado bem, mas jamais da pecúnia em si; e (d) a auto-executoriedade de valores pecuniários implicaria na expropriação por medida administrativa, o que violaria o direito de propriedade tal como constitucionalmente protegido.[12]

De todo modo, ainda que fosse admissível a auto-executoriedade, o devido processo legal não seria despiciendo, demandando a prévia defesa do Estado, já que "toda decisão que seja capaz de afetar direitos ou interesses de uma pessoa deve ser ditada tendo sido previamente ouvida a pessoa alcançada pelo ato."[13] Da mesma forma, a cobrança pretendida pela União, para que se desse mediante um devido processo, deveria ser conduzida de maneira minimamente razoável do ponto de vista da imparcialidade – jamais pelo próprio agente público federal encarregado da cobrança da dívida: "O fato de a própria Administração Pública, muitas vezes, dispor de competência para decidir disputas com o particular, sempre com possibilidade de revisão pelo Judiciário e no âmbito do contencioso administrativo, não afasta a exigência de imparcialidade do órgão julgador. Aliás, como a própria expressão revela, o contencioso administrativo exige um procedimento específico – em que são asseguradas as garantias decorrentes do devido processo legal –, e órgãos próprios, em geral de formação mista, com competência decisória atribuída por lei. Junte-se a isso o conceito de *responsabilidade do julgador*, desenvolvido pela doutrina administrativista exatamente para reforçar a imparcialidade das decisões da Administração Pública."[14]

Verifica-se facilmente a flagrante e múltipla inconstitucionalidade dessas cláusulas que impõem a auto-executoriedade, donde o necessário reconhecimento de sua nulidade. Assim, não deverá prosperar um eventual argumento da União no sentido de que o Estado teria aceitado estas condições aquilianas, uma vez que, em se tratando de Ente Público, e vigendo o Princípio da Indisponibilidade do Interesse e das Prerrogativas Públicas, não pode o Estado delas abrir mão, de forma que a inconstitucionalidade se manteria, podendo-se apenas cogitar da apuração de eventuais responsabilidades funcionais, sem nenhum reflexo, entretanto, sobre a falta de higidez jurídica que macula esses contratos.

---

*de Direito Constitucional*, Volume II, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, no prelo – mimeo gentilmente cedido pelo autor.

[12] HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*, Paris, Larose, III ed., 1897, p. 562: "*pas d'expropriation par mesure administratif*".

[13] Augustín Gordillo, *apud* BARROSO, Luís Roberto. Impossibilidade de auto-execução dos créditos do Poder Público sem intervenção do Judiciário. Dever de Motivação dos Atos Administrativos Restritivos de Direitos, in *Temas de Direito Constitucional*, Volume II, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, no prelo. SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI chegam à mesma conclusão sob a perspectiva do Princípio Constitucional da Igualdade, vejamos: "No processo administrativo o Estado é, ao mesmo tempo, parte e juiz, evidenciando, de plano, uma desigualdade fundamental. Mas essa inamovível desigualdade deve ser compensada por uma atuação a mais isenta possível na condução do processo, tendo como norte a igualdade entre as partes" (*Processo Administrativo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 53).

[14] BARROSO, Luís Roberto. Impossibilidade de auto-execução dos créditos do Poder Público sem intervenção do Judiciário. Dever de Motivação dos Atos Administrativos Restritivos de Direitos, in *Temas de Direito Constitucional*, Volume II, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, no prelo.

Entendemos, contudo, que, considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam, por terem sido celebrados por dois Entes públicos, essas cláusulas contratuais podem ter a sua validade resgatada mediante o emprego do método da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, nos casos de antinomias de ato estatal de qualquer espécie com a Constituição, o intérprete deve, na medida do possível, preservá-lo, empregando, se for o caso, o método ativo da interpretação conforme a Constituição.[15]

É desta forma que pode ser buscada uma interpretação que compatibilize os contratos com a Constituição, e, de fato, interpretação diversa, apesar de ser a mais evidente *prima facie* do ponto de vista meramente literal,[16] além de levar à flagrante inconstitucionalidade das cláusulas em comento, não é a única cabível.

Para alcançarmos este desiderato, será necessário interpretar as faculdades da União constantes dos contratos como constitucionais e, de modo a afastar a nulidade que decorreria dos permissivos de auto-execução dos seus créditos sem devido processo legal, através da unilateral compensação dos créditos do Estado junto à União e seqüestro das contas bancárias do Estado. Devemos, outrossim, compatibilizar tais faculdades com a Constituição Federal e, apesar de considerá-las válidas, interpretá-las como tendo o seu exercício condicionado ao prévio devido processo legal, no qual estão ínsitas, como visto, a prévia defesa, a existência de julgador minimamente imparcial e a vedação de auto-executoriedade.

Neste sentido, deve ser notado que os próprios contratos geralmente prevêem multa para o caso de ter a parte inadimplente que ir ao Judiciário para receberem os seus créditos. Ora, se presente esta previsão é porque a vontade das partes nunca foi de que a (auto) execução da dívida se daria de maneira tão automática e simples como, por vezes, sustenta a União.

.

## 2. A necessária ponderação dos princípios em conflito

[15] Bryde, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *in Jurisdição Constitucional*, Ed. Saraiva, 1996, p. 229.
[16] A respeito da pobreza da interpretação meramente literal vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo MIN. LUIZ GALLOTI: "De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso" (*apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 120).

A fim de melhor elucidar a questão que nos propusemos a abordar neste artigo, imaginemos como se daria concretamente a execução, pela União, dos contratos de empréstimo celebrados com o Estado: diante do inadimplemento do Estado, por total e comprovada impossibilidade material em realizar os pagamentos, a União, ao invés de apoiá-lo de acordo com o espírito republicano e federativo (art.1º, Constituição Federal), deixa de repassar-lhe receitas tributárias e os *royalties* a que faz jus e transfere para os seus cofres os valores constantes das contas próprias do Estado – das suas próprias receitas tributárias diretas – deixando-o sem qualquer reserva de caixa.

Teríamos, com isto, de um lado, a satisfação rápida e automática do crédito da União, e, de outro, a um inafastável risco de grave paralisação do Estado e de ao menos parte dos serviços que lhe incumbem: policiais, professores, médicos e demais servidores sem receber suas remunerações, ausência de remédios para a população, combustíveis para os veículos, alimentos para os presídios, etc. Em suma, o exercício das funções constitucionais do Estado entraria em colapso.

Estaríamos, destarte, diante de um típico caso de conflitos de princípios constitucionais: de um lado, o princípio do respeito aos contratos, de outro, o princípio da continuidade dos serviços públicos. Mas, previamente, o que são princípios?

As "normas" são gênero do qual são espécies as regras e os princípios. EROS ROBERTO GRAU,[17] sintetizando as lições de DWORKIN, afirma que “as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas”.

> Dentre as várias definições de princípio jurídico, podemos aludir à clássica formulação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, que o considera como o "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".[18]

> As meras regras jurídicas, apesar de genéricas e abstratas, dizem respeito a situações hipotéticas específicas, que, concretizando-se na vida prática, acarretam determinadas conseqüências jurídicas. Trata-se do conhecido esquema "preceito –

[17] *A ordem Econômica na Constituição de 1998 – Interpretação e Crítica*, Ed. RT, 2ª edição, p. 114.

[18] *Apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 16ª ed., 1999, p. 95. Para uma ampla exposição dos diversos critérios definidores dos princípios, ver Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 82 a 87.

sanção", pelo qual, ocorrendo o fato previsto na regra, a ele devem suceder os efeitos jurídicos nela também, já de antemão, estabelecidos.[19]

O mecanismo de aplicação dos princípios é muito mais complexo do que o esquema binário característico das regras. "Não prevêem situações determinadas e, muito menos, efeitos jurídicos específicos que delas decorreriam. É óbvio que normatizam situações e que podem acarretar efeitos jurídicos, mas, devido ao seu caráter fluido, suas conseqüências, além de não poderem ser previamente estabelecidas, dependem das características de cada situação e dos demais princípios que forem pertinentes".[20]

O objetivo dos princípios não é estabelecer uma normatização objetiva e previsível. "A sua grande riqueza está exatamente na maleabilidade que propicia em relação às demais normas do ordenamento jurídico e diante das situações complexas da vida, insuscetíveis de serem resolvidas pela singela aplicação de regras lógico-subsuntivas".[21]

Os princípios não estabelecem que, ocorrendo tal fato, será aplicada determinada sanção ou concedido certo benefício. Possuem um papel estruturante da ordem jurídica e da organização estatal como um todo; estabelecem os pensamentos diretores do ordenamento das instituições, inclusive do próprio Estado, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico.[22]

São os princípios que, pela abstração semântica em que são formulados, podem dar liga e unidade ao sistema jurídico, permeando todas as demais normas jurídicas, consubstanciando valioso elemento de interpretação e integração do Direito.

É comum que, como *in casu*, mais de um princípio seja aplicável à mesma situação concreta. O hermeneuta, todavia, deverá adotar metodologia diferente da que emprega quando diante de (meras) regras contraditórias, em que a aplicação de uma deve necessariamente implicar na exclusão da outra.[23]

Em se tratando de conflitos entre princípios, devem eles ser ponderados, buscando-se, sempre que possível, alcançar solução que não exclua por completo nenhum deles. "Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam

[19] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico*, Revista dos Tribunais – RT, vol. 800, pp. 70/72.
[20] Autor e ob. cits.
[21] Autor e ob. cits.
[22] Karl Larenz, *in* "*Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*", trad. Luiz Díez-Picazo, Civitas, 1985, p. 14.
[23] ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico, *Revista dos Tribunais*, 800, pp. 70/72.

deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis."[24]

Todavia, não há no sistema, observa EROS ROBERTO GRAU, "nenhuma norma a orientar o intérprete ou aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada."[25]

Temos na questão ora tratada, o princípio do cumprimento dos contratos, sem dúvida de grande importância para a segurança do tráfico jurídico e econômico (isso, como visto, admitida, *ad argumentandum tantum*, a validade dos malsinados contratos), e o princípio da continuidade dos serviços públicos, de profundas raízes, "tendo na sua base a noção de continuidade da vida social e do próprio Estado".[26]

Após relevar que a obrigação de continuidade dos serviços públicos decorre do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e da própria natureza do regime jurídico administrativo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que "uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. (...) O interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever."[27]

No mesmo sentido, DALMO DE ABREU DALLARI, assevera que "de acordo com a Constituição brasileira os Estados são obrigados a proporcionar ao povo que vive no seu território educação, cuidados de saúde, segurança pública, serviços judiciários, devendo ainda manter um sistema penitenciário, uma rede viária e outros serviços básicos, que, obviamente, pressupõem a existência de um corpo de servidores remunerados, além do que são obrigados, também, a manter uma Assembléia Legislativa. (...) A obrigação de manter os serviços e satisfazer as exigências que decorrem de imposições constitucionais são as prioridades dos governos estaduais, quanto à destinação dos recursos financeiros de que dispuserem. Outros encargos, ainda que decorrentes de contratos ou acordos celebrados com particulares ou entidades públicas, ficam em plano secundário."[28]

---

[24] SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de bens, integrante da obra coletiva *Teoria dos Direitos Fundamentais*, organizada por Ricardo Lobo Torres, Editora Renovar, 1999, p. 52.
[25] GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública, Princípio da Legalidade, Decisão Judicial.*Boletim de Direito Administrativo*, vol. 10, nº 2, pp. 90-106.
[26] GUGLIELMI, Gilles J. e KOUBI, Geneviève. *Droit du Service Public*, Ed. Montchrestien, Paris, 2000, pp. 404 e 405.
[27] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 13ª ed., São Paulo, 2001, p. 41, grifamos.
[28] Estudo consultado no *site* www.brasil.terravista.pt/magoito/2687/Dr. Dalmo de Abreu Dallari.htm, acessado em 31 de agosto de 2002.

Resta evidenciado assim que, no conflito de princípios existente, deve prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, preferência esta já diversas vezes afirmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF sempre que este princípio é posto diante de outros mais relacionados com interesses pecuniários.[29] E nada mais natural, já que, além da continuidade dos serviços públicos dizer respeito, como visto, à continuidade da vida social e do próprio Estado, é diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana – que depende dos serviços essenciais prestados pelo Estado –, fundamento maior da nossa República (art. 1º III, Constituição Federal) e, por isso, considerado como um valor que sequer pode ser ponderado com outros, devendo sempre sobre eles prevalecer. [30]

Posta fora de dúvida a prevalência que – diante do caos que solução diversa traria para a paz social, para a estabilidade das instituições e para a dignidade humana – tem o princípio da continuidade dos serviços públicos sobre o princípio do cumprimento dos contratos, deve ser notado que, tanto a União, como o Estado, devem privilegiá-lo. Em outras palavras, estaria agindo injuridicamente tanto a União ao exigir o cumprimento *tout court* do contrato, já que não pode dar relevo apenas às suas funções e deixar que as do Estado pereçam,[31] como o Estado, se resolvesse voluntariamente cumpri-lo e mergulhar no caos. Tal opção não lhe é dada.

Em última hipótese, não agindo a União nos lindes do nosso ordenamento jurídico, caberá à Corte Constitucional, caso provocada, mais uma vez reconhecer a preponderância do princípio da continuidade dos serviços públicos. Nesse aspecto, cumpre invocar a lição de KARL LARENZ, quando observa que os métodos tradicionais de argumentação jurídica não são suficientes para o Juiz constitucional, que também deve levar em consideração as conseqüências de índole social e econômica da sua decisão: "Ao Tribunal incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima *fiat justitia, pereat res publica.* Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado Democrático de Direito".[32]

---

[29] *Verbi gratia*, ADI nº 513/DF, Rel. Min. Célio Borja, especialmente o item V da ementa do seu julgamento (fonte: www.stf.gov.br, acessado em 02 de setembro de 2002), e, por sua grande afinidade com o presente caso, a Intervenção Federal nº 2.915-SP, destacadamente o Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, que adotou justamente a tese da ponderação (pagamento do precatório *versus* repasse para saúde e educação) como um dos principais fundamentos do seu indeferimento da intervenção (fonte: relato oral de Procuradores do Estado presentes à sessão de 14 de agosto de 2002).

[30] "O homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem" (SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 76).

[31] Não é outra a razão pela qual a doutrina fixa como sendo um dos princípios regentes das relações entre Administrações Públicas distintas a "ponderação por cada Administração, no exercício das competências próprias, da totalidade dos interesses públicos implicados e, em concreto, aqueles cuja gestão esteja encomendada às outras Administrações" (ALFONSO, Luciano Parejo, JIMÉNEZ-BLANCO, A., ÁLVAREZ, L. Ortega, *Manual de derecho Administrativo*, Vol. 1, Ed. Ariel, 5ª ed., Madrid, 1998, p. 526, grifamos).

[32] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., Lisboa, 1997, p. 517.

Note-se que, adotada esta orientação, os contratos em tela não restariam propriamente invalidados, mas meramente ineficazes no que pudesse materialmente comprometer a continuidade dos serviços públicos.[33]

Fugir dos limites matemáticos e materiais colocados pela situação fática posta, permitindo à União o seqüestro das receitas estaduais, pressupondo que o Estado continuaria a "funcionar", seria, portanto, decidir a questão fora da realidade, o que, a rigor, não é uma opção hermenêutica à disposição do intérprete, uma vez que, nas precisas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, "o sistema jurídico é um sistema lógico. Uma regra (e acresceríamos, *in casu*, uma decisão) que preceitue uma fato que de antemão se saiba irrealizável, viola a lógica do sistema. Não pode, portanto, integrá-lo validamente."[34]

Igualmente, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ao tratar do Princípio da Realidade, disserta: "O Direito é disciplina de comportamentos interpessoais que se apresentam como fatos reais da convivência social, coerente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer. (...) tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos administrativos e judiciais não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, podem exigir o irrealizável, como bem se exprime no brocardo *impossibilia nemo tenetur.*"[35]

E, de fato, configura-se o que EROS ROBERTO GRAU, ao proferir Parecer em que acolhia a mesma tese, então sustentada pela União, denomina de "exaustão orçamentária", correspondente à "situação que se manifesta quando inexistirem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há no caso, disponibilidade de caixa que lhes permita cumpri-las. (...) Estaremos, então, diante de situação que não tenho dúvida em referir como de estado de necessidade, a importar em que a decisão ou decisões judiciais não devam ser cumpridas pela Administração. (..) Negá-lo, em especial em situações como a de que ora cogitamos, equivaleria a entronização do lema *fiat justitia, pereat mundus*, o que dispensa qualquer comentário."[36]

---

[33] A este respeito, com ampla fundamentação teórica, ver GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública, Princípio da Legalidade, Decisão Judicial*, *in* Boletim de Direito Administrativo, vol. 10, nº 2, pp. 90-106.
[34] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1990, p. 105.
[35] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 12ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 82.
[36] GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública, Princípio da Legalidade, Decisão Judicial*, *in* Boletim de Direito Administrativo, vol. 10, nº 2, pp. 90-106. No mesmo sentido, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, em parecer também solicitado pela União, *Ordem Judicial de pagamento – Ausência de recursos Orçamentários – Teoria da Impossibilidade Material*, Revista de Direito Administrativo – RDA, 187/351-368.

**Conclusão**

Portanto, as cláusulas contratuais que conferem à União, em caso de inadimplemento, um direito unilateral de auto-executoriedade sobre verbas tributárias estaduais, poderão ser consideradas inconstitucionais, por ofensa, dentre outros, aos princípios da federação, do devido processo legal, da finalidade e da moralidade, podendo ser considerados verdadeira intervenção federal por meios transversos. Além disso, essa previsão feriria o princípio da imparcialidade, já que a retenção dos créditos estaduais seria feito a partir de um juízo unilateral da parte diretamente interessada: a União Federal.

Por fim, é preciso considerar que o princípio da continuidade dos serviços públicos e os deveres prestacionais do Estado-membro, por força da Constituição, exigem que não possam ser referidos créditos estaduais retidos unilateralmente pela União, para fazer face a sanções de natureza meramente pecuniária.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-ALEXANDRE-SANTOS-ARAGAO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa / Informações adicionais:**

Informação não disponível.